

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS  
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

.....

**ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.**

**María del Carmen Ortillés Prats**

**DIRECTOR**

**Miren Sarasibar Iriarte**

**Pamplona**

**6 de junio de 2016**

## ÍNDICE.

### I. INTRODUCCIÓN.

### II. MARCO NORMATIVO.

1. Marco normativo actual.
2. Visión de futuro: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público.

### III. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO.

1. Responsabilidad Directa.
2. Carácter Objetivo.

### IV. REQUISITOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO.

1. Lesión resarcible. La antijuricidad del daño y la problemática de los daños imprevisibles o inevitables.
2. Daño efectivo.
  - 2.1 *Evaluable e individualizable a una persona o grupo de personas.*
  - 2.2 *La concurrencia de posibles daños morales.*
  - 2.3 *La figura jurisprudencial de la denominada “Doctrina del Daño Desproporcionado”.*
3. Relación de causalidad. Supuestos controvertidos referentes a la relación de causalidad. En especial, la concurrencia de la propia víctima.
4. Imputación del daño a la Administración Pública. Ausencia de causas de exoneración.

**V. ESENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL  
ÁMBITO SANITARIO: LA LEX ARTIS.**

- 1. Introducción al concepto de la “Lex Artis”.**
- 2. Visión práctica del concepto.**
- 3. Doctrina de la pérdida de oportunidad, ¿alternativa a la Lex Artis?**

**VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO PARTE INTEGRANTE  
DE LA LEX ARTIS.**

- 1. El origen del consentimiento informado.**
- 2. Consentimiento informado y su equiparación jurisprudencial a la vulneración de la “Lex Artis ad hoc”.**
- 3. El proceso del consentimiento informado.**
- 4. Consecuencias de su incumplimiento: vulneración de la Lex Artis**
- 5. El consentimiento informado en supuestos de medicina satisfactiva.**

**VII. LA REPARACIÓN DEL DAÑO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS  
DAÑOS MORALES.**

**VIII. CONCLUSIONES.**

**IX. BIBLIOGRAFÍA.**

**X. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.**

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad uno de los temas más controvertidos y debatidos en los tribunales es la responsabilidad patrimonial de la administración. Son numerosos los supuestos que llegan a los Tribunales hoy en día y aún lo son más aquellos supuestos que, reclaman responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia de la prestación de un servicio público, como es la sanidad. Todo ello derivado, entre otros factores, del gran desarrollo científico e instrumental que ha experimentado la ciencia médica en el último medio siglo. En consecuencia, esta situación provoca una mayor demanda de una correcta prestación y al mismo tiempo una mayor sensibilización en supuestos errados por un facultativo.

Sin embargo, históricamente la responsabilidad patrimonial encuentra su encaje constitucional en 1978<sup>1</sup>. Aunque no es hasta la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando se crea un sistema común de responsabilidad directa, objetiva y de aplicación a todos los supuestos con pretensiones indemnizatorias por los daños padecidos por la actuación de cualquier administración pública.

Dentro del amplio margen de la responsabilidad administrativa, en el presente trabajo, voy a centrarme en la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria y todo ello porque su regulación es sin duda problemática. Ello se debe a que la mayoría de los conceptos que la integran y que la desarrollan son de creación jurisprudencial, lo que provoca que la mayoría de supuestos se encuentre un grado de discrecionalidad por parte del juzgador mayor que en cualquier otra rama del derecho.

Así las cosas, a lo largo de estas páginas se van a exponer las doctrinas que mayor problemática presentan en su aplicación desde una perspectiva práctica, todo ello debido a la gran proliferación de reclamaciones acaecidas en los últimos tiempos. Las principales doctrinas que se van a exponer son: la vulneración de la *lex artis*, el consentimiento informado, el daño desproporcionado y la pérdida de oportunidad

---

<sup>1</sup> Constitución Española de 1978, artículo 106.2 *“los particulares, en los términos establecidos por Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquier de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

debido al gran impacto que las mismas tienen en la resolución de los supuestos que han llegado a nuestros tribunales.

## **II. MARCO NORMATIVO.**

### **1. Marco normativo actual.**

La máxima expresión y consolidación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública se efectuó con la promulgación de la Constitución Española que de una parte, garantiza la responsabilidad y la interdicción de los poderes públicos<sup>2</sup> y de otras parte, la responsabilidad en sentido estricto<sup>3</sup>, es decir, aquella que surge como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Es aquí donde encuentra encaje el objeto del presente trabajo pues es en la propia Constitución Española en su artículo 43 donde configura la asistencia sanitaria como un servicio público<sup>4</sup>.

Este derecho fundamental se ha desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, mediante la cual se crea un sistema nacional de salud y se configura la actividad sanitaria como un servicio público.

El máximo proceso evolutivo de esta responsabilidad no se da sin embargo hasta la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común que, en su Título X, que lleva por rótulo “De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio” lo regula en los artículos 139 a 146.

Tal es el afán de sometimiento a Derecho de la actuación de las Administraciones Públicas que el dicho Título tiene un desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

### **2. Especial referencia a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público**

---

<sup>2</sup> Artículo 9.3 de la Constitución Española.

<sup>3</sup> Artículo 106.2 de la Constitución Española.

<sup>4</sup> Artículo 43 de la Constitución Española “*la asistencia sanitaria habrá de ser ofrecida a todos aquellos ciudadanos, que se vean afectados por la enfermedad*”.

La responsabilidad patrimonial sanitaria sufrirá una modificación legislativa a partir del 1 de octubre de 2016 con ocasión de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público, por ello considero relevante realizar un análisis sobre los mayores cambios que se producirán con la entrada en vigor de las citadas leyes y todo ello debido a la proximidad de su fecha.

En materia de responsabilidad patrimonial sanitaria es significativo que la Ley 39/2015 aúne en una única ley todo el procedimiento que debe regir dicha reclamación. De esta manera, es destacable que en este cuerpo normativo se va a concentrar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que venía regulándose en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en un mismo cuerpo normativo.

Resulta sin embargo curioso cuanto menos que, en lo que respecta a los principios generales de dicha institución, no encontremos referencia alguna. Para ello, debemos acudir a la nueva ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, del Sector Público y todo ello porque tal y como establece el preámbulo de la citada ley *“en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales, se regulan en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”*.

De esta manera la responsabilidad patrimonial de la Administración queda configurada en dos cuerpos normativos, el primero de ellos, la Ley 39/2015, vendrá a regular aspectos más procedimentales mientras que, la Ley 40/2015 se encarga de aspectos más orgánicos.

Como aspectos a destacar de la nueva regulación es claramente significativo el endurecimiento de los requisitos para exigir responsabilidad patrimonial y, por ello la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. Entre los aspectos más significativos pueden destacarse:

- a. La solicitud inicial de reclamación se asemeja a un “cuestionario o examen”, pues tal y como establece la propia ley en dicha solicitud, el interesado deberá especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la

responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante<sup>5</sup>.

- b. La carga de comprobar que el sujeto es interesado en el procedimiento se traslada a la Administración<sup>6</sup>.
- c. La Administración Pública estará facultada para obtener cuantos documentos tenga por pertinentes que el particular que realiza la solicitud de indemnización haya aportado ante cualquier otra Administración Pública cualquiera que sea el procedimiento del que se trate<sup>7</sup>.
- d. Se crea un procedimiento de tramitación simplificada para aquellos supuestos en los que estén claros los presupuestos y elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>8</sup>.

Sin duda parece que, es voluntad del legislador mediante estas reformas, agilizar los trámites procedimentales con la Administración.

Para finalizar con este apartado, resulta sorprendente que con estas nuevas reformas el legislador guarde silencio para aceptar o rechazar criterios jurisprudenciales tan importantes como el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad, el margen de tolerancia etc.

### **III. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO.**

La doctrina y jurisprudencia es unánime al establecer cuáles son las características de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, a saber, las siguientes:

#### **1. Responsabilidad Directa.**

---

<sup>5</sup> Artículo 67.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>6</sup> Artículo 9.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>7</sup> Artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>8</sup> Artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Nuestro sistema de responsabilidad patrimonial se basa en un sistema de responsabilidad directa.

Con esta expresión lo que se pone de manifiesto es que la Administración Pública responderá con su propio patrimonio de manera directa, es decir, pese a que la lesión va a ser siempre causada por un funcionario o agente de esta, no responde previa condena de la actuación de las personas a su servicio, en otras palabras, no tiene una responsabilidad subsidiaria.

Esta regla sigue el principio de quien rompe paga.

Entre otras, la STS de 12 de septiembre de 2012:

*“El artículo 1903 del Código Civil, en efecto, que, entraña una responsabilidad directa no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria. Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y el perjuicio de las víctimas”.*

Cabe añadir, que si bien existe una acción de regreso por parte de la Administración contra el facultativo médico, que consiste en que tras la condena a la Administración, esta puede repetir contra el causante de la misma. Sin embargo, tal y como expone DOMÉNECH PASCUAL<sup>9</sup>, es poco frecuente encontrar supuestos en los que se ejercita la misma. Entre otras causas, DOMÉNECH PASCUAL las causas principales para la resistencia al ejercicio de dicha acción son entre otras *“la responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, la resistencias corporativas o sindicales y los altos costos políticos”.*

---

<sup>9</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio” en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, núm 2, 2008, págs. 1-20.



Además argumenta dos especialidades del régimen de responsabilidad patrimonial administrativa que sustenta la dificultad del ejercicio de dicha acción de repetición. Primero, porque no responden de los daños causados por actuaciones simplemente negligentes, sino sólo cuando haya mediado dolo o culpa grave. El segundo, es que la indemnización que ha de exigírseles puede ser inferior a la magnitud de los daños ocasionados; no siempre es necesario que lo reparen integralmente.

## **2. Carácter Objetivo.**

A diferencia de la regulación de la responsabilidad extracontractual del código Civil<sup>10</sup>, que exige para una posible condena la existencia de culpa o negligencia por parte del sujeto causante del perjuicio, es decir, un sometimiento a una valoración, de tal manera que, el que actuó diligentemente no puede ser considerado responsable y, por tanto, el que sufrió el daño estará obligado a soportarlo. La responsabilidad de la Administración se erige como una responsabilidad contrapuesta, una responsabilidad objetiva.

De esta manera la responsabilidad objetiva se concentra en la víctima que sufre el daño y se valora si ese daño es o no justo, si está o no jurídicamente obligado a soportarlo; si del Derecho aplicable se deriva o no la obligación de soportarlo, entonces el causante del daño responderá del mismo, con absoluta independencia de si su actuación fue diligente o negligente, correcta o incorrecta, si hubo funcionamiento normal o funcionamiento anormal de los servicios públicos<sup>11</sup>.

Existen sin embargo posiciones doctrinales como la de GUERRERO ZAPLANA<sup>12</sup> que abogan por una limitación del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, incluso la negación de este carácter en el ámbito sanitario debido a la aplicación del concepto de “Lex artis” y de la obligación de medios que supone una prestación médica. Resultando de esta manera, para esta parte de la doctrina que, debido a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y a la aleatoriedad de la medicina, lo correcto sería trasladar la responsabilidad por el riesgo al paciente y no a la Administración.

---

<sup>10</sup> Artículo 1902 del Código Civil “*El que por culpa o negligencia causará daño a alguien (...)*”.

<sup>11</sup> ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2015. Página 300.

<sup>12</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su STS de 5 de junio de 2012<sup>13</sup>:

*“Como que frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”.*

De igual manera, modulando dicha responsabilidad, la STS de 23 de Septiembre de 2009<sup>14</sup>:

*“Nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria”.*

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de junio de 2012 (Rec. Casación 2241/2011).

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de Septiembre de 2009, (Rec. Casación 89/2008).

#### **IV. REQUISITOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO.**

##### **1. Lesión Resarcible. La antijuricidad del daño y la problemática de los daños imprevisibles o inevitables.**

Por lesión debemos entender aquel daño antijurídico, es decir, aquel daño que el sujeto no está obligado a soportar, tal y como establece entre otras la STSJ de Navarra de 26 de abril de 2013<sup>15</sup>:

*“b) El daño debe ser antijurídico o lo que es lo mismo, la persona que lo sufre no debe estar jurídicamente obligada a soportarlo”.*

Con aquella expresión puede decirse que la responsabilidad patrimonial de la Administración es aquella institución que, con independencia de la modalidad de la acción dañosa, busca la reparación del patrimonio quebrantado al particular.

Es decir, es un elemento objetivo del propio daño, no una cualificación subjetiva del actuar antijurídico de la administración.

Ahora bien, cabe realizar una puntualización a este respecto. Si bien la responsabilidad de la administración deriva de la existencia de una lesión que debe ser antijurídica, en el artículo 141.1 de la LRJPAC se realizó un inciso y es que a este respecto se establece que;

*“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.*

En palabras de ESTEVE PARDO, este problema deriva de la sociedad de riesgo o postindustrial en la que vivimos de una sociedad que ha ligado su destino al progreso científico y técnico.

De esta manera, la administración no está obligada a indemnizar al particular que sufre un daño que no era posible prevenir en virtud del estado de la ciencia o técnica del

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 26 de abril de 2013 (RJCA 2014/109).

momento, esto es, el saber de la administración sanitaria en cada momento y su aplicación a un caso concreto. De esta manera, el particular no puede determinar que el daño sea antijurídico pues no puede exigirse a la administración un resultado que el conocimiento técnico del momento no garantiza ni tampoco a ser informado de los riesgos inherentes cuando, como es lógico, los mismos son desconocidos. Se establece en consecuencia, como una causa de exoneración de responsabilidad.

Esta cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a nuestro Derecho a raíz de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985<sup>16</sup>, pero con anterioridad a dicha directiva, esta cláusula ya era aplicada por los tribunales que en palabras del Tribunal Supremo, STS de 22 de diciembre de 2001<sup>17</sup>:

*“Venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la “lex artis”, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información”.*

Esta decisión fue adoptada por el Tribunal Supremo a raíz de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivada del contagio del virus del sida (VIH) o de la hepatitis C (VHC) mediante transfusiones de sangre contaminada antes de tener conocimiento de su existencia y de los marcadores para poder detectarlos.

En torno a ella han ido surgiendo cuestiones controvertidas como a que parte corresponde la carga de la prueba ante este tipo de supuestos. De esta manera la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001<sup>18</sup> en total armonía con la jurisprudencia anterior<sup>19</sup> afirma que:

---

<sup>16</sup> Transpuesta al Ordenamiento Jurídico interno por los artículos 6.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos y 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, en la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/1999).

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de diciembre de 2001 (Recurso de Casación 8406/1999).

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de mayo de 1999 (Recurso 2132/1995) por todas.

*“Corresponde a la Administración, lo que, sin embargo, resulta irrelevante en este caso, dado que la Sala de instancia, con base en los informes periciales emitidos, ha declarado probado en la sentencia recurrida que la técnica quirúrgica fue correcta por haberse empleado todos los medios adecuados según el alcance de los conocimientos, apreciación fáctica, no discutida que hemos de aceptar en casación”.*

## **2. Daño efectivo.**

El daño que sufre el particular debe ser un daño real y actual, dicho en otras palabras, no tiene cabida en esta figura jurídica las reclamaciones basadas en meras expectativas o previsiones de la producción de un daño.

Se excluye también los casos cuyo fundamento que le sirve de base es la mera exposición a un riesgo, pues como tal se trata de una probabilidad que no es ni real ni actual.

Así lo ha expuesto el Tribunal Supremo en su STS de 26 de marzo de 2012<sup>20</sup> que establece que:

*“La viabilidad de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJPAC:*

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas (...).”*

En relación con este apartado se ha desarrollado jurisprudencialmente una doctrina denominada “Doctrina del daño desproporcionado” y se expone más adelante.

### *2.1. Evaluable e individualizable a una persona o grupo de personas.*

Para que surja la obligación de indemnizar de la Administración es necesario que se determine, en términos económicos, la realidad del daño, es decir, el quantum del quebranto producido en el patrimonio del perjudicado.

A este respecto para la concreción en términos económicos de este quantum los daños sufridos al perjudicado pueden dividirse en tres bloques.

- El daño emergente; es el daño efectivamente producido.

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 26 de marzo de 2012 (recurso 3531/2010).

La jurisprudencia entiende así por daño emergente, entre otras en su STS de 30 de junio de 2006<sup>21</sup>:

*“Por daño emergente se entiende cualquier menoscabo patrimonial experimentado de manera actual como consecuencia de la actividad daños”.*

- El lucro cesante; esto es, los ingresos dejados de percibir. Este daño es necesario que se acredite, de manera razonablemente segura para que se accede a la pretensión. La Sentencia citada en el punto anterior define igualmente dicho concepto:

*“El lucro cesante se produce por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes”.*

- Los daños morales; cuya exposición se realiza en el siguiente apartado.

Se exige además que el daño pueda individualizarse a una persona o grupo de personas, es decir, que sea posible determinar qué daño se ha producido a cada persona ya que, y más en el ámbito sanitario, el daño producido varía en función de cada persona y de su situación personal y laboral, es decir, las propias condiciones de vida de la persona.

## 2.2. *La concurrencia de posibles daños morales.*

Los daños morales son, en palabras de ESTEVE PARDO son *“aquellos en los que no hay un perjuicio patrimonial directo, sino un daño moral, por ejemplo, por la pérdida de un ser querido, que se tratan de paliar- no de resarcir, por la pérdida es irreparable- con una indemnización. En realidad en estos casos no se trata propiamente de una indemnización (...) Es una compensación paliativa del daño lo que se ofrece a la víctima”.*

En el ámbito sanitario, la invocación de los daños morales es mayoritaria ya que, al ser los bienes afectados a esta responsabilidad la integridad física o la propia vida, hacen que su reclamación se lleve a cabo en casi todos los supuestos.

Este apartado se expone con más detenimiento en la problemática reparación integral del daño.

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de junio de 2006.

2.3. *La figura jurisprudencial denominada “Doctrina del daño desproporcionado”.*

Conviene reseñar que, a efectos de la existencia de un título jurídico que permita al administrado reclamar una posible responsabilidad patrimonial a la Administración, la jurisprudencia ha ido creando la denominada “Doctrina del daño desproporcionado”.

Este título de imputación es de aplicación en un ámbito muy restringido de la actuación de la administración, reservándose únicamente para aquellos resultados extraños, no previsibles atendiendo a lo que es usual según las reglas de la experiencia y del sentido común independientemente del daño, es decir, no es de aplicación para aquellos supuestos en los cuales el riesgo que se ha materializado era conocido para el tipo de intervención realizada. En otras palabras, su aplicación es más bien residual, no correspondiéndose con la mala praxis ni con la pérdida de oportunidad.

Así lo ha establecido el Tribunal Supremo<sup>22</sup>:

*“Se está ante un daño desproporcionado cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, igualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que se trate de atender e incompatible con las secuencias de una terapia normal”.*

Y, en otras palabras del Tribunal Supremo en su STS de 6 de abril de 2015<sup>23</sup>:

*“La doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso, se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible – por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuricidad, cerrándose la posibilidad a pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución (...) En definitiva, tendría sentido que fuese litigioso apreciar el daño desproporcionado si no*

---

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de abril de 2015 (recurso: 1508/2013).

*se hubiera apreciado esa mala praxis lo que, sin embargo, se declara y por esto se resarce”.*

Es decir, que exige para su posible apreciación la exigencia de cuatro notas:

1. Que se trate de un daño inesperado o no previsto.
2. Que tenga lugar por alguna conducta que entre en la esfera de actuación del médico responsable
3. Que el paciente no intervenga en la producción del daño.
4. La ausencia de una explicación lógica por parte del facultativo médico.

Se configura de esta manera como un sistema que no tiene como característica principal la responsabilidad objetiva del médico ya que, en caso de que acredite que su actuación fue llevada a cabo con la diligencia debida, esto es, buena praxis o que entre su actuación y la producción del daño se produjo una ruptura del nexo causal, se produce de esta manera una alteración del “onus probando”, de acuerdo con lo establecido por la STSJ de Navarra de 12 de marzo de 2014<sup>24</sup>:

*“La doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado ha venido a configurarse como un criterio de imputación de responsabilidad en el ámbito sanitario, en aquellos supuestos en los cuales de la actuación del médico asistencial, terapéutica o quirúrgica se ha derivado un daño extraordinariamente grave, inusual e inexplicable, que da lugar presunción de que ha habido una actuación irregular por parte de la Administración Sanitaria. En estos casos, se produce una alteración del onus probando, una inversión de la carga de la prueba, de modo que corresponde a la Administración sanitaria demostrar que actuó conforme a la lex artis ad hoc, para destruir dicha presunción de irregularidad”.*

De ello se extrae que, la mera comprobación de la existencia de un daño desproporcionado hace presumir la existencia de culpa, tal y como establece la STS de 10 de junio de 2008<sup>25</sup>:

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 12 de marzo de 2014 (La Ley 49878/2014) .

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de junio de 2008.



*“La mera comprobación de un daño de esta clase hace presumir que hubo culpa y es el reclamado quien debe rebatir esta presunción y quién está obligado a acreditar las circunstancias en las que se produjo el daño y, más en concreto, el suceso de una causa ajena (fuerza mayor, conducta del paciente o intervención de un tercero que suprima la responsabilidad”.*

Así como la STSJ de Navarra de 12 de marzo de 2014<sup>26</sup>:

*“No es suficiente con expresar que no hubo mala praxis, porque, en el caso de que se hubiera producido, habría constituido en sí misma, el título de imputación necesario, sino que hace falta que se explique por qué, a pesar de la buena praxis, ha tenido lugar el daño inusual y desproporcionado denunciado con la patología de origen”.*

Y la STS de 17 de septiembre de 2012<sup>27</sup>:

*“La Administración Sanitaria debe responder de un daño desproporcionado ya que éste, por sí solo, denota un componente de culpabilidad, que corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla “Anscheinsbeweis” (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la “faute virtuelle”, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”.*

Conviene, sin embargo, hacer una breve puntualización respecto de lo expuesto hasta el momento. Ya que como se ha referenciado al inicio, una de las notas que regulan la aplicación de esta doctrina es que, el daño sufrido sea un daño imprevisto, no encuadrable dentro de los riesgos típicos de la intervención que se trate. Por lo que, a sensu contrario de lo que se ha expuesto, si el daño sufrido por el paciente era un daño previsto, no se producirá la inversión de la carga de la prueba, tal y como establece la STS de 18 de diciembre de 2009<sup>28</sup>:

*“La doctrina jurisprudencial relativa al “resultado desproporcionado” y que justifica la inversión de la carga de la prueba eximiendo al paciente de tener que*

---

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo contencioso administrativo), de 12 de marzo de 2014 (La Ley 49878/2014).

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 17 de septiembre de 2012.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de diciembre de 2009.

*probar el nexo causal, no es de aplicación al caso enjuiciado en el que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de lo que se denomina “accidente anestésico”. Nos encontramos ante un daño indeseado o no satisfactorio que, por encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, no permite la inversión de la carga de la prueba, sólo aplicable para los supuestos en los que, pese a no tratarse de una situación comprometida o de riesgo se llega a resultados insólitos y desproporcionados de gravedad. Al respecto ha de reconocerse que el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida y la integridad física y mental del paciente...”*

Es decir, la noción de riesgo típico de una intervención quirúrgica y la del daño desproporcionado son incompatibles entre sí ya que en este caso, tendría incidencia en las condiciones el consentimiento informado, todo ello de acuerdo con lo establecido por el Alto Tribunal<sup>29</sup>:

*“No resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, lo que puede incidir en las condiciones del consentimiento informado pero no puede considerarse como un daño desproporcionado”*.

Es decir, cuando hablamos de un daño desproporcionado no hacemos referencia a que el resultado de la intervención quirúrgica no sea satisfactoria, sino que se trata de un supuesto de responsabilidad médica en el que se presupone su responsabilidad patrimonial salvo que ofrezca explicación razonable de la desproporción de lo acaecido.

A modo de conclusión, se establece una presunción de causalidad y de negligencia en contra de la Administración, estableciéndose por tanto una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, que puede ser destruida mediante una explicación razonable tal y como establece la STS de 27 de junio de 2007<sup>30</sup> en la que el Tribunal declara la inexistencia de la presente doctrina con las siguientes palabras:

*“La Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido”*.

---

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de junio de 2009.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de junio de 2007.

Para finalizar con la exposición de esta doctrina jurisprudencial, hay que exponer que para constatar la existencia de un daño desproporcionado es necesario realizar una comparación de los riesgos inherentes a la intervención con el riesgo efectivamente materializado. De manera que si el resultado producido no está entre los conocidos para el tipo de intervención, tanto en mayor como en menor frecuencia estadística, el daño será calificado como daño desproporcionado, de tal manera que el daño desproporcionado es independiente de la gravedad o entidad del resultado<sup>31</sup>, así lo expone la reciente STS de 19 de mayo de 2016<sup>32</sup> en la que el Tribunal se realizan consideraciones que, como se ha expuesto, no tienen regulación legal alguna.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Supremo precisa la doctrina del daño desproporcionado en los siguientes términos:

*“La doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso significa lo siguiente: 1º que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución. 2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible – por su desproporción – ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada. 3º ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa esta fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor. 4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en las que se produjo el daño. 5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado”.*

---

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Curso de Derecho Administrativo”, Thomson Civitas, 2008.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de mayo de 2016 (Rec. 2822/2014).

### **3. Relación de causalidad. Supuestos controvertidos referentes a la relación de causalidad. En especial, la concurrencia de la propia víctima.**

Se trata de un elemento esencial de la responsabilidad de la administración. Este requisito lo establece el propio artículo 139 de la LRJPAC al exigir que la lesión se haya producido como consecuencia “*de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”. En otras palabras, la lesión ha de estar causada por una actuación de la administración, estableciéndose de esta manera una relación causal entre la acción u omisión de la administración y el daño.

Y ello porque, tal y como ha establecido la STS de 11 de abril de 2014<sup>33</sup>:

*“No cabe responsabilidad automática y objetiva, colocando a la administración como aseguradora universal, pase lo que pase con ocasión de la asistencia sanitaria”.*

Existen tres teorías para establecer esta responsabilidad de la Administración.

- La primera, la causalidad exclusiva de la administración. Entre la actuación administrativa y el daño producido existe una exclusiva intervención de la primera que genera la segunda.
- La segunda, la causalidad adecuada. Es decir, la actividad llevada a cabo debe ser adecuada para la producción del daño, es la teoría aplicada a día de hoy por los tribunales.
- La tercera, la equivalencia de condiciones. Esta teoría establece que, cuando hay varias causas que han podido producir un resultado dañoso, todas ellas tienen la misma relevancia y eso supone la obligación de indemnizar a cualquiera de los autores del hecho lesivo: surge un tipo de responsabilidad solidaria.

Siendo el eje central sobre el que gira la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta sorprendente cuanto menos que, nuestro Alto Tribunal, no haya definido de manera precisa y específica la noción de relación de causalidad.

De esta manera tal y como afirman PARADA VÁZQUEZ<sup>34</sup> y SÁNCHEZ MORÓN<sup>35</sup> debe acogerse la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente, que

---

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de abril de 2014 (recurso 2766/2014).

<sup>34</sup> RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, R., “*Derecho Administrativo I*”, Marcial Pons, 2003, página 634.

siguiendo el razonamiento de GARCIA ENTERRIA<sup>36</sup> quiere decir que, ante la ausencia de una definición específica, el Tribunal determina la relación de causalidad caso por caso “*utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas por ello de flexibilidad suficiente.*”.

Puede ocurrir sin embargo que, en ese nexo causal concurren más elementos o factores, además de la actuación administrativa, que requieren un estudio para determinar el grado de actuación de cada uno en el resultado lesivo. Es decir, un juicio de valor para determinar la cuota de responsabilidad que le corresponde.

No son pocos los supuestos en los que, en la producción del daño media una conducta activa o pasiva de la propia víctima. Dicha concurrencia puede ser clasificada, de acuerdo con lo establecido por ESTEVE PARDO en dos grandes grupos.

- a. La falta de adopción por parte de la víctima de las medidas de seguridad y autoprotección que razonablemente serían exigibles, sobre todo si se trata de riesgos conocidos y, hasta cierto punto, previsibles.
- b. Cuando por parte de la víctima hay una actuación culpable o negligente que contribuye a la producción del daño o lo amplifica.

Un ejemplo de lo expuesto es lo establecido en la STS de 4 de junio de 2010<sup>37</sup>:

*“Queda patente que de haber seguido las recomendaciones para descartar unas determinadas dolencias se hubieran podido realizar pruebas que diagnosticaran la enfermedad realmente padecida que incidió en las consecuencias derivadas de la intervención quirúrgica. Tal conducta rompe el nexo causal por lo que se estima el motivo”*

#### **4. Imputación del daño a la Administración Pública. Ausencia de causas de exoneración.**

Como se ha ido exponiendo a lo largo del desarrollo del presente trabajo, la responsabilidad patrimonial de la Administración puede ser como consecuencia de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se crea por consiguiente un

---

<sup>35</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho Administrativo. Parte General*”, Technos, 2005, página 910.

<sup>36</sup> GARCÍA ENTERRÍA, E., “*Curso de Derecho Administrativo*”, Civitas, 2015.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de junio de 2010 (rec: 3038/2008).

criterio de imputación de la administración basada en criterios de normalidad o anormalidad.

En el ámbito de una actuación anormal por parte de los servicios sanitarios de la Administración se engloban todas aquellas conductas ilegales o culpables que conlleva la prestación de estos servicios públicos por debajo de los estándares medios de calidad, el funcionamiento defectuoso, el no funcionamiento o incluso el funcionamiento tardío.

La imputación a la Administración derivada de un funcionamiento normal se traduce en una actividad generadora de un riesgo que deriva en la producción de un daño antijurídico, generándose un título de imputación. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo<sup>38</sup>;

*“(…) Para que el daño producido por el funcionamiento del servicios a uno o varios particulares sea antijurídico resulta preciso y suficiente a la vez, que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (…).”*

Así pues, tal y como afirma GALLARDO CASTILLO<sup>39</sup> *“la lex artis se convierte en el criterio de normalidad, que ha de infringirse en la realización del servicio sanitario para que haya lugar a la obligación de indemnizar”*. Es decir, la lex artis se convierte en criterio de imputación en el ámbito sanitario.

Los supuestos de caso fortuito, son aquellos en los que hay un desconocimiento en cuanto al origen del evento dañoso y el desarrollo del servicio que se presta. La fuerza mayor, por su lado se caracteriza por ser la causa del daño conocida, siendo sus elementos integrantes el carácter imprevisible o inevitable y, en todo caso, irresistible<sup>40</sup>.

Una de las sentencias más ilustrativas de nuestro alto Tribunal a este respecto es la Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de abril de 2001:

*“Que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora*

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 7 de junio de 2004 (REC 2450/2000).

<sup>39</sup> GALLARDO CASTILLO, MJ., *“La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria”*. Bosch, 2009, pág. 15.

<sup>40</sup> LÓPEZ CANDELA, JE., *“El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario”* en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, 2008, págs. 91 y ss.

*del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francés “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras la Sentencia de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”. b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sea, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña independiente el sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (Apelación 1075/1992)”.*

En conclusión, la diferencia entre ambos caracteres no es otra que “el carácter irresistible” que tiene la fuerza mayor y que sin embargo no aparece en el caso fortuito.

El caso fortuito por su lado, se define por su carácter intrínseco y no necesariamente por su origen desconocido pudiendo en palabras del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de noviembre de 1988:

*“ser el evento causante inevitable, sin que por ello deje de haber caso fortuito”.*

## **V. ESENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO: LA LEX ARTIS.**

### **1. Introducción al concepto de la Lex Artis**

La “lex artis” es el eje central sobre el que se sustenta la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario. Es decir, la existencia de una efectiva responsabilidad patrimonial y de los servicios públicos sanitarios exige un plus superior y específico, debiéndose acudir al criterio de la Lex Artis para determinar si

realmente existe una lesión resarcible o no. Así lo ha expresado la jurisprudencia, entre otras la o en su STSJ de Navarra de julio de 2014 <sup>41</sup>:

*“En una materia como la que nos encontramos, la responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que el criterio básico utilizado es el de la Lex Artis”.*

Si bien como se ha expuesto en el inicio del presente trabajo, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene una naturaleza puramente objetiva, es decir, que no exige la concurrencia de culpa o negligencia para que surja la obligación de la Administración de indemnizar al perjudicado. No es menos cierto que, y así lo reconoce el Tribunal Supremo <sup>42</sup>, que el hecho de exigir únicamente la existencia de una lesión como título de imputación de la responsabilidad conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad.

Conviene hacer mención a la existencia de algunas sentencias de carácter totalmente contrario a lo expuesto por parte del Tribunal Supremo en relación a la excesiva objetivación de la responsabilidad patrimonial.

Estas sentencias, si bien de menor apoyo y de mucha antigüedad, se han posicionado como defensoras de una responsabilidad puramente objetiva, en otras palabras, que determinan la existencia de responsabilidad patrimonial al margen de la existencia o no de la vulneración de la Lex Artis, es decir, pese al funcionamiento correcto o no de los servicios sanitarios. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, de 6 de febrero de 1999 sentencias podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 y 28 de octubre de 1998.

## **2. Visión práctica del concepto.**

Tras esta aclaración y continuando con el tema tratado, cabe concluir que por todo ello surge la figura de la “Lex Artis”, que en síntesis, viene a establecer un criterio de normalidad de los profesionales que permite valorar la corrección de los actos

---

<sup>41</sup> Así lo expresa la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de 4 de julio de 2014 (JUR 2014/46133) .

<sup>42</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo) de 28 de marzo de 2006, 21 de noviembre de 2006, 16 de mayo de 2005 y 30 de marzo de 2004, por todas.



médicos y que impone al profesional el deber de actuar con la debida diligencia o *lex artis*.<sup>43</sup>.

Es decir, se trata del conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas, para tratar a los enfermos en el momento del tratamiento<sup>44</sup>.

En conclusión y, en relación con todo lo expuesto, se puede afirmar que la obligación del médico es una obligación de medios y no de resultados tal y como expone la STSJ de Navarra en su Sentencia de 4 de julio de 2014<sup>45</sup>:

*“La obligación del médico es prestar la debida asistencia y no la de garantizar en todo caso la curación del enfermo (...) Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de noviembre de 2000, los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni en, probablemente, ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado; la certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano”*.

De lo expuesto, se extrae que en ningún caso será de aplicación la no consecución de un resultado determinado querido por el paciente como presupuesto de responsabilidad.

También se ha expuesto que la responsabilidad patrimonial de la administración surge como consecuencia de un funcionamiento normal o anormal del servicio público.

En este punto y en palabras de GALLARDO CASTILLO, la *lex artis* se traduce en:

*“un criterio de normalidad, que ha de infringirse en la realización del servicio sanitario para que haya lugar a la obligación de indemnizar”*<sup>46</sup>.

Es decir, este criterio de normalidad es de aplicación cuando el funcionamiento normal de los servicios sanitarios se traduce en un daño que el particular no tiene el

---

<sup>43</sup>LÓPEZ CANDELA, JE., “El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 15, 2008. Página 102.

<sup>44</sup> Téngase en cuenta que la *Lex Artis* es un concepto cambiante, como se expone en su propia definición, ya que se relaciona constantemente con el progreso técnico de la medicina así como las características propias del paciente.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 4 de julio de 2014 (JUR 2014/46133).

<sup>46</sup> GALLARDO CASTILLO, MJ, “*La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*”, Bosch, 2009.

deber de soportar, lo que conlleva que se relacione de esta manera el funcionamiento del servicio público con la antijuricidad del daño, requisito exigido para indemnizar.

Así lo ha afirmado la STS de 7 de junio de 2004<sup>47</sup> estableciendo que:

*“(…) Para que el daño producido por el funcionamiento del servicio a uno o a varios particulares sea antijurídico resulta preciso y suficiente a la vez, que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”.*

De esta manera cuando se trata de una responsabilidad médica, no basta con que se haya producido un daño sin más, sino que es necesario que tal daño traiga causa directa de una prestación sanitaria inadecuada y negligente, todo ello de acuerdo con el criterio de la Lex Artis, que en último término, se traduce en una mala praxis por parte del profesional.

A este respecto, conviene hacer una reflexión sobre lo que debe entenderse como servicio público. No se trata de una cuestión baladí, ya que en caso de no ser un servicio público, el instituto de la responsabilidad patrimonial decaería no siendo exigible ninguna responsabilidad a la misma.

De esta manera la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo es unánime al definir el servicio público, así lo ha afirmado por poner un ejemplo en su sentencia de 28 de enero de 1998<sup>48</sup>, al establecer que la noción de servicio público no debe ser entendida en su sentido estricto como equivalente a la prestación ofrecida al público de manera regular y continua, sino como actividad pública, como noción general equivalente a toda actuación, gestión, actividad y tarea propia de la función administrativa<sup>49</sup>.

Con ello lo que pretendo decir, a modo de conclusión, es que no toda actuación llevada a cabo por la Administración Pública genera una responsabilidad de indemnizar en caso de lesión producida, todo lo contrario. Para que se pueda exigir responsabilidad

---

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo), de 7 de junio de 2004, Recurso 2450/2000. Ponente: González Navarro, Francisco.

<sup>48</sup> Así las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo) de 28 de enero de 1998, de 15 de febrero de 1994 y 22 de marzo de 1995).

<sup>49</sup> LÓPEZ CANDELA, JE., “El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 15, 2008. Pág. 100.

es necesario que dicha lesión se haya producido en la prestación de un servicio público y que, además, dicha lesión se haya producido por una mala praxis del personal. Esto es con la tan citada vulneración de la Lex Artis. Todo ello porque, de otro modo si se imputase responsabilidad patrimonial a la administración por todo acto lesivo que se haya producido con ocasión de la prestación de un servicio público, se convertiría a la Administración Pública en una aseguradora universal frente a todo tipo de lesiones. El Tribunal Supremo utiliza la referencia expuesta en numerosas sentencias que, por no citarlas todas, traigo a colación la STS de 27 de noviembre de 2000<sup>50</sup>, que establece que:

*“No cabe declarar la existencia de responsabilidad de la Administración Sanitaria por el sólo hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la actuación de un centro público sanitario, ya que ello convertiría a la Administración en una aseguradora universal. Es necesario que también sea objetivamente imputable el daño a la actividad sanitaria desplegada o debida por el servicio público, esto es, a las medidas aplicadas u omitidas en el desarrollo de la misma, y no a causas o circunstancias propias del proceso o de la patología atendidos en ella, que una correcta prestación sanitaria no habría podido tampoco dominar en el estado actual de la ciencia y de las técnicas médicas”.*

Así las cosas, la existencia de una mala praxis debe ser la causa directa e inmediata de la lesión producida.

### **3. Doctrina de la pérdida de oportunidad, ¿alternativa a la Lex Artis?**

En el ámbito contencioso administrativo encontramos referencias constantemente a la denominada “Doctrina de la pérdida de oportunidad”. Dicha doctrina se aplica en la mayoría de supuestos en los que se produce un diagnóstico erróneo o tardío, es decir, se configura como una alternativa a la mala praxis.

Así, por ejemplo, en relación a un caso concreto de aplicación de un tratamiento o asistencia de manera tardía, se puede traer a colación la SAN de 29 de octubre de 2003<sup>51</sup> que declara que;

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de noviembre de 2000.

<sup>51</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003\265285).

*“se ha demostrado que un retraso de solamente de tres a seis meses puede producir una disminución del 12% en la supervivencia de las pacientes como consecuencia de la progresión de la enfermedad en ese periodo de tiempo”.*

Se trata por consiguiente de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido y con el requisito del nexo de causalidad (causalidad probabilística). A efectos de indemnización, supone que se indemniza, no el daño final sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado<sup>52</sup>.

Resulta sin embargo una teoría que merece una aplicación con cautela y restringida a determinados aspectos. Así lo ha expresado GUERRERO ZAPLANA<sup>53</sup> al decir que, *“es necesario que este criterio de indemnización de la pérdida de oportunidad se utilice con especial prudencia pues, de no hacerlo así, se podría producir la indemnización de supuestos absolutamente improcedentes”.*

Los criterios que hacen aplicable dicha doctrina es la incertidumbre causal estricta, es decir, en aquellos supuestos en los que el nexo causal estricto quede debidamente acreditado, es decir, la pérdida de oportunidad debe quedar acreditada para que se aprecie la existencia de un nexo causal.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en STS de 24 de noviembre de 2009 señalando que:

*“el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente». E insiste en que «para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se*

---

<sup>52</sup> ASENSÍ PALLARÉS, E., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 8, 2013, págs. 240-258.

<sup>53</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., *Las Reclamaciones por Defectuosa Asistencia Sanitaria*, Lex Nova, 2006.

*indemniza por el fallecimiento de Don Melchor, esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del "estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral", una vez acreditada "la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm", unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano".*

Así queda configurada la doctrina de la pérdida de oportunidad que continuando con la sentencia anteriormente citada se configura como:

*“una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio”.*

Se define por consiguiente, como una regla de responsabilidad proporcional ante causalidades sólo posibles<sup>54</sup>. En otras palabras, la pérdida de oportunidad asistencial sanitaria consiste en privar a un paciente de la ocasión de mejorar las expectativas de curación de su enfermedad o el pronóstico de ésta, y constituye el resultado indemnizable proveniente de un daño de omisión, retraso o error en el diagnóstico, o en el tratamiento posterior, cuando, según lex artis ad hoc, esa falta se demuestra injustificada. Pero no hay sin embargo certidumbre de que haya sido la causa directa e inmediata de la lesión sobrevenida.

De esta manera son numerosos los supuestos a los que es de aplicación la doctrina de la pérdida de oportunidad, así por ejemplo la STS de 23 de octubre de 2007<sup>55</sup> por la aplicación de un diagnóstico tardío:

*“La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de*

---

<sup>54</sup> MEDINA ALCOZ, L., “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas” en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 153, 2012, págs. 153-182.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de octubre de 2007 (Recurso de casación 6676/2003).

*anticipiar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final. Privación que consecuentemente ha de ser indemnizada”.*

La STS de 5 de diciembre de 2012<sup>56</sup>:

*“El error y el retraso diagnóstico de la apendicitis aguda sufrida por el paciente, no se puede atribuir a una infracción de la “lex artis” puesto que éste fue atendido en todo momento y se le practicaron numerosas pruebas y exploraciones, dificultando las patologías hepáticas que padecía un diagnóstico inicial certero al estar enmascarado el proceso de apendicitis aguda por una hepatopatía crónica preexistente que, junto con el plastrón localizado en el hipocondrio derecho, también dificultaba el diagnóstico”.*

La STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2012<sup>57</sup>:

*“No ha quedado acreditada actuación médica contraria a la Lex artis, o que hubiese tardanza relevante en el diagnóstico por parte de la Sanidad Pública, causante de un empeoramiento o una pérdida de oportunidad, toda vez que la intervención quirúrgica realizada era el único tratamiento posible del carcinoma de tiroides que, además, está totalmente remitido”.*

La STS de 26 de septiembre de 2014<sup>58</sup>:

*“La pérdida de oportunidad que en este caso viene representada por la demora en realizarse la cesárea ante la larga duración de la expulsión, lo que no supone una lesión de la “lex artis”, porque se ignora si se hubiera evitado con dicha medida el resultado producido, tan solo se trata de evaluar, en el cálculo de probabilidades, si quizás hubiera habido alguna posibilidad de haber alcanzado un resultado mejor para el paciente”.*

La STS de 3 de diciembre de 2012<sup>59</sup>:

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de diciembre de 2012 (Recurso de casación 329/2010).

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 4 de diciembre de 2010 (Recurso Administrativo 60/2011).

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de septiembre de 2014 (recurso 3637/2012).

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 3 de diciembre de 2012 (recurso 2829/2011).

*“Se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción; como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo”.*

Esta doctrina resulta tediosa en cuanto a indemnización se refiere. Así pues, en primer lugar, debe concretarse el valor del daño real sufrido mediante los mecanismos establecidos en el artículo 141. Una vez determinado este valor real del daño es cuando entra en aplicación el grado de probabilidad causal, que se calcula cuando supera un mínimo de seriedad sin alcanzar el máximo de certidumbre, siendo en última instancia una ficción creada por los tribunales y que tiene su ratio de ser en la relación de causalidad.

A modo de conclusión y siguiendo lo establecido por el Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014, de esta manera, la pérdida de oportunidad se resume en:

*“la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación num. 5893/2006)”.*

Dicha sentencia resulta altamente ilustrativa en cuanto determina la existencia de dos aspectos intrínsecos a la aplicación de esta doctrina que vienen a ser:

1. Grado de Probabilidad. Esto es, que la realización por parte del facultativo médico de una actuación diferente hubiese tenido como resultado final la evitación del daño que se produjo sobre el sujeto pasivo.
2. Grado o entidad del daño ocasionado. Esto es, que el daño realmente ocasionado sea grave en relación a la aplicación de la probabilidad de su evitación mediante una actuación diferente.

De esta manera se configura un elemento de imputación para exigir responsabilidad a la Administración sanitaria en el que, como se ha expuesto de la doctrina traída a colación para el presente trabajo, se ha producido un daño al particular en el que a pesar de una actuación, conforme a la *lex artis*, la probabilidad de dicho daño hubiese sido menor o incluso mermada en caso de una actuación diferente por una actuación más conforme del médico.

## **VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO PARTE INTEGRANTE DE LA LEX ARTIS.**

### **1. El origen del Consentimiento Informado.**

En España el primer reconocimiento del Consentimiento Informado se encuentra regulado en la Ley General de Sanidad<sup>60</sup>, que si bien se trata de una Ley de mucha antigüedad, algunos de sus preceptos continúan en vigor, siendo el caso del artículo 10.4 del texto citado<sup>61</sup>, al derecho a obtener el consentimiento informado del paciente.

A día de hoy, la Ley General de Sanidad ha ido evolucionado hasta culminar en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En dicha Ley encontramos el concepto de consentimiento informado, a diferencia de la Ley General de Sanidad toma un papel relevante, ya que en la propia ley en su artículo 2 se establece como uno de los principios básicos:

*“Artículo 2. Principios básicos.*

*2.Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.*

Y con un posterior desarrollo legal en los artículos 8, 9 y 10 de la citada ley.

---

<sup>60</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

<sup>61</sup> Aunque el artículo 10.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad no lo menciona expresamente se puede extraer la ya existencia de este derecho, el precepto mencionado reza de la siguiente manera: “*a ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario”.*



## **1. Consentimiento informado y su equiparación jurisprudencial a la vulneración de la “Lex Artis ad hoc”.**

El consentimiento informado es, por tanto, una figura que tiene una estrecha relación con la vulneración de la Lex Artis, y ello porque, en caso de que no conste la prestación de dicho consentimiento, los indeseables efectos de esta se extenderán a este último, a lo largo del desarrollo me referiré a esta extensión de efectos.

De hecho, el Tribunal Supremo equipara la no obtención del consentimiento informado del paciente con la vulneración de la “Lex Artis ad hoc”, entre otras, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2012<sup>62</sup>:

*“El deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la Lex Artis y revela una manifestación anormal del servicio sanitario (...) además hemos desvinculado la falta o insuficiencia del consentimiento informado, de la existencia de la mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento informado constituye, en sí mismo, mala praxis”.*

Es cierto que, en lo que a este punto se refiere existe jurisprudencia y doctrina contradictoria.

Para un sector, como se ha expuesto, el incumplimiento de obtención de dicho consentimiento informado, supone una clara vulneración de la Lex Artis, lo que puede dar lugar a que el daño resulte antijurídico y por ende surja la obligación de indemnizar, así, entre otras, la STS de 3 de enero de 2012, de 3 de octubre de 2000...<sup>63</sup>

Otro sector jurisprudencial establece sin embargo, que el comportamiento antijurídico de la Administración en no recabar el pertinente consentimiento informado puede no guardar relación con el resultado lesivo causado por la actividad administrativa, y ello por dos motivos:

El primero, por no existir nexo efectivo (natural de causalidad) entre la actividad desarrollada y el resultado producido.

---

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo), de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1508).

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 3 de enero de 2012, de 3 de octubre de 2000, de 25 de marzo de 2010 y 24 de julio de 2012.

Y el segundo, por darse la existencia de uno de aquellos casos en los que se considera objetivamente ajustada a la *lex artis* la actividad, de forma y manera que la ausencia de obtención del consentimiento informado se desvincula del resultado lesivo producido, pudiendo no dar lugar a indemnización o resarcimiento alguno<sup>64</sup>.

Una sentencia que corrobora lo expuesto es la STS 24 de abril de 2012<sup>65</sup>:

*“Pero la estimación del recurso en el extremo referido a la falta de consentimiento informado, no significa que debamos estimar el recurso interpuesto en cuanto al otorgamiento de una indemnización. Consideramos que no hubo suficiencia en lo referido al consentimiento que debe pedirse al paciente para la actuación médica de que se trate, pero también constatamos -pues no tenemos datos que nos permitan cambiar la tesis de fondo de la instancia, al no poder considerarse ilógica o arbitraria que la vulneración del derecho del paciente a la autodeterminación, no nos permite -en el presente supuesto- aceptar que exista responsabilidad patrimonial de la administración, pues el resultado lesivo a que hemos aludido anteriormente se hubiera producido de todas formas. Con ello queremos resaltar que, dentro de los límites del recurso de casación, no podemos considerar el daño causado como antijurídico, pues no existen elementos adecuados para variar la tesis de la instancia, en el sentido de que no ha existido mala praxis en la prestación sanitaria prestada al recurrente”.*

Ahora bien, a este respecto parece esclarecer esta controvertida situación la STS de 24 de julio de 2012, en la que se establece en síntesis que:

*“la falta de obtención del consentimiento informado por parte de la Administración Pública del Consentimiento informado, constituye un incumplimiento por parte de la misma que se traduce en un funcionamiento anormal del servicio sanitario y que por ende da lugar a una indemnización si bien con matices, pues en caso de no existir daño o lesión antijurídica alguna, se tendrá derecho a una indemnización autónoma y completamente separada de dicha actividad lesiva, es decir, la indemnización se otorgara en concepto de daño moral por la falta de aquel consentimiento”.*

---

<sup>64</sup> HURTADO MARTINEZ, JA., “El consentimiento informado en el orden administrativo actual” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015, página 3.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 24 de abril de 2012 (Rec. Casación: 354/2011).

## **2. El proceso del consentimiento informado.**

El consentimiento informado se encuentra regulado en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica como:

*“(...) la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud (...)”.*

Se trata por consiguiente de un derecho del sujeto. Un derecho que consiste en que se le faculta a prestar consentimiento previo a cierto tipo de intervenciones sanitarias sobre su cuerpo, y máxime aun debido a que se encuentra relacionado con el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos que predica el artículo 43.1º de la Constitución Española que se establece como uno de los principios rectores de la política social y económica<sup>66</sup> así como su carácter de derecho fundamental regulado en el artículo 20º del mismo texto normativo que regula el derecho a la información.

Así pues, el consentimiento informado se divide en dos fases, que son:

La primera fase, que tiene lugar mediante el acto intelectual, por el cual un sujeto una vez informado, autoriza la intervención sanitaria.

La segunda fase consiste en que dicho consentimiento debe ser constatado por escrito debido al imperativo legal que lo regula.

El consentimiento informado es por consiguiente y en palabras del Tribunal Supremo:

*“No hay que olvidar que el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía de decisión del paciente, que pueda estar así informado sobre los riesgos- y también las ventajas- que suponga determinada intervención, de forma que le sea dable discernir la conveniencia de someterse a la misma, o bien de acudir a tratamientos alternativos, o incluso a cuidados paliativos”.*

---

<sup>66</sup> HURTADO MARTINEZ, JA., “El consentimiento informado en el orden administrativo actual” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015, págs. 1-4.

Es decir, es necesario que el paciente consienta, de manera escrita y realmente informada, ya que el consentimiento informado tiene una estrecha relación con la protección de los valores que consagra la Constitución<sup>67</sup>.

La ratio de la existencia de esta figura se debe a que la obligación del médico no es una obligación de resultado sino de medios, todo ello debido a que la medicina no es una ciencia exacta, es decir, hay diversas posibilidades sometidas a naturales márgenes de desacierto que excluyen la certeza absoluta del éxito de la práctica médica<sup>68</sup>.

Esto se establece así en el artículo 8 de la Ley 41/2002 que, en lo referente al consentimiento informado señala que:

*“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.*

Así las cosas, el contenido de la información que debe aportarse antes de otorgar el consentimiento informado se recoge en el artículo 10 de la Ley 41/2002 que se pueden resumir<sup>69</sup> en dos categorías.

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origine con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

La forma de obtención del consentimiento informado, tal y como establece el artículo 8.2 podrá prestarse de manera verbal en determinados supuestos, mientras que como regla general, según establece el artículo 8.3 de la Ley de Autonomía del

---

<sup>67</sup> Se relaciona siguiendo el razonamiento de GUERRERO ZAPLANA, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, con la dignidad de la persona (Artículo 10.1 CE), la protección de la integridad física (Artículo 15 CE) ya en sus palabras *“información y consentimiento garantizan la dignidad de la persona de modo que esta sea dueña en todo momento de su destino y se garantice, por esta vía, la plena responsabilidad en el momento de la adopción de decisiones trascendentes que afectan a la vida, la integridad corporal y la salud”.*

<sup>68</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova, 2013, pág. 2.

<sup>69</sup> De acuerdo con lo establecido por la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, 2009.

Paciente<sup>70</sup> este consentimiento deberá dejar constancia fehaciente en un documento escrito y así lo ha establecido la STS de 13 de noviembre de 2012<sup>71</sup>;

*“El consentimiento informado deberá prestarse como regla general de manera escrita, siendo excepcionalísimo el consentimiento oral, que además corresponde probar a la administración”.*

Ahora bien, tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de enero de 2012, las situaciones de urgencia permiten exceptuar la obtención de dicho consentimiento con apoyo en el artículo 9.2 de la Ley de Autonomía del Paciente<sup>72</sup>, ello se debe porque tal y como establece el Tribunal Supremo<sup>73</sup>:

*“La urgencia en la intervención justifica la omisión de la información y consentimiento y ello al prevalecer la salud del paciente sobre y derecho a la autodeterminación; obviamente, dicha urgencia puede admitir modulaciones de modo que una cierta urgencia justificaría una reducción en el contenido o garantías formales de la información y una grave urgencia vital justificaría una ausencia total de información”.*

Siguiendo el razonamiento de JOSÉ GUERRERO ZAPLANA<sup>74</sup>, hay que tener en cuenta que la urgencia puede ser inicial o sobrevenida, produciéndose en ambos casos una merma de las garantías de información y consentimiento. Teniendo en cuenta que esta situación de urgencia como excepción de la prestación del consentimiento, debe quedar siempre acreditada para que se puedan valorar las circunstancias individuales de cada caso concreto. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en su STS de 30 de junio de 2010, y, de igual manera, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2012<sup>75</sup>:

---

<sup>70</sup> Son los siguientes supuestos, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general cualquier aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de noviembre de 2012 (recurso: 5283/2011).

<sup>72</sup> Estos casos son cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la Ley y cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 7 de noviembre de 2011 (Recurso 1468/2010).

<sup>74</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., *Consentimiento e información. Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, 2013, pág. 4.

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 de noviembre de 2012 (recurso: 5637/2011).

En ella se analiza un supuesto en el que un paciente es intervenido quirúrgicamente y en el desarrollo de la operación se detecta una endometriosis cuya existencia se conoció en ese momento y que dificultaba la operación debido a una amplia posibilidad de aparición de secuelas. Por ello, el cirujano decidió continuar la intervención en vez de parar la misma para obtener el consentimiento del paciente para una operación de esas características. Así lo expone la sentencia anterior al señalar que:

*“Aunque en estos casos debe ponderarse siempre entre el riesgo existente, atendidas las circunstancias, y la necesidad de respetar el principio de autodeterminación del paciente siguiendo los criterios de la Lex artis, lo cierto es que la actuación realizada por los cirujanos durante la intervención quirúrgica practicada el 24 de febrero de 1998, a falta de una prueba en contrario que hubiera puesto de manifiesto la conculcación de la Lex artis, estaría amparada por el propio artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad que recoge como excepción al consentimiento informado del paciente la situación de urgencia que no perita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, pues no otra cosa se deduce de la lectura de los informes médicos que obran en el expediente”.*

Ahora bien, si nos centramos en lo establecido en la Ley de Autonomía del Paciente no encontramos el momento legal en el que dicho consentimiento tiene que ser prestado. Nos encontramos por consiguiente con un vacío legal. Y es que únicamente encontramos una breve referencia en el artículo 8.1<sup>76</sup> que parece querer establecer que debe existir un periodo de tiempo que permita al paciente una correcta reflexión que le lleve a la adopción de su decisión, es decir, en palabras de JOSÉ GUERRERO ZAPLANA<sup>77</sup>:

*“sobre esta cuestión no pueden establecerse unos criterios generales, sino que será necesario realizar un examen detallado caso por caso que nos permita concluir si la información y el consentimiento han sido efectivos, evidentemente, si la anticipación excesiva, si la cercanía temporal máxima sin útiles para admitir una información y consentimientos válidos. Lo que debe buscarse en cada caso es un análisis detallado de las circunstancias que permita concluir que se han respetado las garantías del paciente*

---

<sup>76</sup> Artículo 8.1 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente “una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

<sup>77</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios*, Lex Nova, 2003.

y, sobre todo, que la información ha sido efectiva y suficiente para garantizar la autonomía de la voluntad del interesado”.

### **3. Consecuencias de su incumplimiento: vulneración de la Lex Artis.**

En cuanto a las consecuencias derivadas de la prestación del consentimiento informado por parte del paciente debe hacerse una puntualización. Ya que en los casos que acontecen en el ámbito sanitario, la prestación del consentimiento informado implica que el paciente asume los riesgos inherentes a la actividad médica, de los que, valga la redundancia, debe haber sido correctamente informado. No será sin embargo asumido en ningún caso la responsabilidad por los daños que puedan ser ocasionados como consecuencia de una mala práctica médica.

Por el contrario, y en concordancia con lo expuesto, tampoco se podrá exigir a la Administración toda responsabilidad que surja de dicha actuación si no aquella que se derive de una mala práctica médica por parte de los facultativos a su servicio.

Así pues, la posición parece que se ha posicionado delimitando diversos principios que tienen como consecuencia final que la falta de consentimiento informado genere una exigencia de indemnización con base en la producción de un daño moral cuya indemnización se condiciona a la existencia de una relación de causalidad entre el acto médico y el resultado producido, entre otras la STS de 2 de noviembre de 2011<sup>78</sup>:

*“La falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la le artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado daños o perjudicial que aqueja el paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene causa n el acto médico o asistencia sanitaria”.*

---

<sup>78</sup> Así lo ha establecido el Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso Administrativo), en su sentencia de 2 de noviembre de 2011 (recurso 3833/2009).

Y de igual manera la STS de 26 de mayo de 2015<sup>79</sup>;

*“Solamente, si al margen de ajustar o no a la lex artis, la intervención ocasionó perjuicio. En este caso el resarcimiento por ausencia será a título de daño moral, pues la falta de consentimiento informado no presupone la falta de lex artis”.*

De esta manera, a la hora de fijar el quantum indemnizatorio se deberán atender a la gravedad de la omisión y no a la gravedad de la lesión o secuelas que hayan podido producirse. Existen sin embargo posiciones jurisprudenciales más protectoras de los derechos del paciente, entre otras, la STS de 9 de octubre de 2012<sup>80</sup>:

*“solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria”.*

Esta doctrina considera que únicamente no da lugar derecho a una indemnización aquel resultado dañoso que no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria, es decir, siempre que exista una completa desvinculación entre la asistencia médica y el daño producido. Entendiendo por ende que, en los demás casos, en los que se presta una efectiva asistencia médica prescindiendo del correspondiente consentimiento informado, se estaría produciendo un daño moral derivado de la violación del derecho de autodeterminación y autonomía.

Relacionado con la ponderación de dicha falta de información por parte de la Administración, se da en los supuestos en los que hay existencia de consentimiento informado pero la información proporcionada es incompleta. En opinión de la doctrina<sup>81</sup> y el Tribunal Supremo<sup>82</sup>, en este tipo de supuestos, la consecuencia lógica es que el daño moral producido sea de menor intensidad que el producido con ausencia total de información, cabe realizar una puntualización y es que, dicho criterio no es siempre asumido por la jurisprudencia que en ocasiones ha relacionado supuestos en los que ha

---

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de mayo de 2015 (Recurso: 2548/2013).

<sup>80</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de octubre de 2012 (rec. 5450/2011).

<sup>81</sup> BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad Civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Reus, 2009.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 de junio de 2010 (recurso de casación: 4637/2008).



equiparado la incompleta información con la ausencia total de la misma, de acuerdo por lo establecido por el Tribunal Supremo<sup>83</sup>:

*“Esta situación originada por incompleta o insuficiente información de la Administración acerca de los riesgos que se califican como “poco frecuentes”, inherentes de la operación, supone un incumplimiento de la lex artis ad hoc que revela un anormal funcionamiento del servicio sanitario que exige indemnización siempre y cuando se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento, defectuosamente informado (...)”.*

#### **4. El consentimiento informado en supuestos de cirugía satisfactiva.**

Especial mención merecen los casos de lesiones producidas con ocasión de la denominada cirugía satisfactiva, es decir, aquella medicina que tiene un carácter meramente voluntario, en la que es el propio interesado el que acude al médico no para la mejora de una dolencia patológica, sino para la mejora de su aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica<sup>84</sup>.

En estos casos, la exigencia formal del consentimiento informado es mayor, y ello debido a que al tratarse de una medicina voluntaria el paciente podría decidir someterse a dicho tratamiento o por el contrario renunciar a él, debido a que en contraposición al consentimiento informado desarrollado a lo largo del presente trabajo que, se trata de una medicina curativa, ésta tiene como fundamento su carácter puramente voluntario.

Sin embargo, no es infrecuente encontrar supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración en esta vertiente de la medicina. Llama la atención que dichas reclamaciones tengan una fundamentación tan diferente a la medicina curativa y ello se debe a que, la mayoría de reclamaciones se basan en la no consecución del resultado pretendido al someterse a la misma y en el que un criterio recurrente es la falta de información.

De esta manera y para este tipo de cirugía se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>85</sup>:

---

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso Administrativo) (Recurso 2091/2008).

<sup>84</sup> ANDREÚ TENA, E., “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva” en *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 04, 2013, págs. 163-167.

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de contencioso administrativo), rec. 6878/2010 .

*“Igualmente este Tribunal ha declarado que el deber de información asistencial adquiere mayor intensidad en cuanto se trata de la denominada “medicina satisfactiva” que como señala la sentencia de 2 de octubre de 2007 (recurso 9208/2003), con cita de la de 3 de octubre de 2000 (recurso 3905/1996), se trata de una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, si no la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, lo que tampoco significa que deba reprocharse a la Administración todo resultado adverso producido en este ámbito de la medicina, que no sucederá, como igualmente hemos declarado en nuestra sentencia de 22 de noviembre de 2011 (recurso 4823/2009), si la actuación sanitaria ajustada a la praxis médica va precedida de una información comprensible que incluya la veraz advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no ésta plenamente garantizada.”.*

También lo expone en su sentencia el TSJ de Galicia en su sentencia de 21 de mayo de 2014<sup>86</sup>:

*“Que la exigencia de exhaustividad de la información a proporcionar al paciente es inferior que cuando de medicina satisfactiva se trata, puesto que la circunstancia de no ser necesaria la intervención para recuperar o mantener la salud, obliga al facultativo a un esfuerzo de complitud por entender que, en tales casos, el paciente debe ser plenamente consciente del riesgo que asume”.*

Y de igual manera la STSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 2010<sup>87</sup>:

*“Sobre el consentimiento informado; en especial, en la medicina satisfactiva.*

*En relación con la doctrina sobre el consentimiento informado la SSTS de 13 de julio y 23 de octubre de 2007 y 1 de febrero de 2008 resumen la misma declarando que “en efectos teóricos haremos referencia a la reiterada jurisprudencia de esta Sala respecto a la exigencia de consentimiento informado, estando vigente la Ley General de*

---

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de mayo de 2014 (RJ 2014/216079).

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de marzo de 2010 (RJ 2010/175220).

*Sanidad 14/86. Por todas, citaremos la sentencia de 20 de abril de 2007 donde decimos: (...)*

*Se da así realidad legislativa al llamado «consentimiento informado», estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas...*

*Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que solo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.*

*El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada – puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente—y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica – no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión -- , sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.*

Esta exigencia de mayor información que debe ser proporcionada al paciente tiene su origen en la jurisprudencia emanada de la Sala primera del Tribunal Supremo. Por citar una, la STS de 11 de enero de 2007<sup>88</sup> que dice así;

*“La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de éste, es un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de*

---

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera), de 11 de enero de 2007 (recurso 1565/2007).

*la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención (STS 21 de octubre de 2005; 4 de octubre de 2006; 29 de junio de 2007)''.*

## **VII. LA REPARACIÓN DEL DAÑO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS MORALES.**

Cuando un particular sufre un daño como consecuencia del actuar administrativo la Administración debe responder por la totalidad de los daños causados. Es decir, la responsabilidad patrimonial de la Administración se basa en el principio de reparación integral del daño a la víctima, en otras palabras, la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado.

Así lo han establecido entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 10 de abril de 2008 y de 12 de junio de 2007, en las que, establecen de manera unánime que el particular tiene derecho a ser resarcido por el daño efectivamente producido, por los daños morales ocasionados así como cualquier otro concepto como pudiese ser el lucro cesante. Por poner un ejemplo, los ingresos dejados de percibir por el particular derivados de su trabajo con ocasión de las faltas al mismo que tiene causa directa en la actuación de la Administración.

Un primer problema que surge respecto de la fijación del quantum indemnizatorio es que cuánta corresponde ya que, el momento en el que se produjo el daño es un momento anterior al momento de fijación de la cuantía.

En este punto conviene hacer dos distinciones que no son baladí:

- En primer lugar, aquellos supuestos en los que ha transcurrido un lapso de tiempo desde el momento en el que se produjo la lesión y el momento de la fijación de dicha cuantía. En estos casos tal y como establece el artículo 141.3 de la LRJPAC, la fijación de la indemnización debe llevarse a cabo mediante una actualización de valores con arreglo al índice de precios de consumo.
- Un segundo supuesto se da en aquellos casos en los que ya se ha fijado la cuantía de la indemnización pero la administración se retrasa en el pago de la misma. En estos casos, se podrá solicitar la aplicación de intereses de demora.

Ya en este primer apartado se puede apreciar una diferenciación, mientras que en el primerio de los supuestos aún no hay quantum indemnizatorio, en el segundo sí, y es la actuación tardía de la administración en proceder al abono de la indemnización la que genera unos intereses en favor del perjudicado.

¿En qué momento se puede solicitar la indemnización? ¿Cómo valorar los daños producidos a un particular derivados de la prestación de un servicio sanitario? ¿Cómo valorar un bien tan importante como la vida, la integridad física y la propia condición de vida del particular? ¿Puede repararse integralmente? Estas son algunas de las preguntas que se plantean en relación a casos en los que se sufre una lesión como consecuencia de un servicio sanitario.

De esta manera, el plazo para solicitar dicha indemnización comenzará a computarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial que dispone que:

*“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.*

La valoración de los daños, de conformidad con lo que establece el artículo 141.2 de la LRJPAC debe realizarse:

*“la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.*

En responsabilidad patrimonial, en la que se producen daños físicos, debe aplicarse<sup>89</sup> lo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en relación con la Resolución de la Dirección general de Seguros y Fondos de pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte,

---

<sup>89</sup> A partir del 1 de enero de 2016 ya que con anterioridad a dicha fecha era de aplicación el Baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

lesiones permanentes e incapacidad temporal que se encuentre en vigor en el momento de producción de la lesión.

Si bien es de aplicación este baremo contenido en la Ley, debe puntualizarse que únicamente tiene efectos orientativos sin que en ningún caso sea de aplicación obligatoria por parte del Tribunal para la fijación de la indemnización. Entre otras y por todas así lo ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo<sup>90</sup> de 18 de septiembre de 2009:

*“tiene un carácter orientativo y no vinculante, por lo que su aplicación requiere una adaptación al caso concreto de que se trate”.*

El daño moral tiene como punto de partida en nuestro país la doctrina elaborada por los Tribunales franceses que denominaban “les dommages morales”. Se trata de un daño que afecta lo personalísimo de la persona, a su dignidad y honorabilidad, en otras palabras, todos aquellos elementos dañosos que sufre en su esfera el particular y que traen causa directa del daño padecido.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la valoración de daños morales se remonta a una sentencia del 6 de diciembre de 1912. El fallo del Alto Tribunal en aquel momento es, según LUIS MANUEL ÁLVAREZ,<sup>91</sup> de lo poco que ha cambiado, ya que se señalaba que *“nadie más que el tribunal debe fijar su importe”*.

ÁLVAREZ concluye en su análisis que lo que impera en la jurisprudencia es el; *“prudente arbitrio, un concepto casi alegal, voluble, cambiante e inclasificable al que se han opuesto algunos métodos pseudocientíficos de cuantificación de los daños, que no pasan de ser baremos más o menos sofisticados y fuera de su estricto ámbito de aplicación –normalmente accidentes de circulación– no pueden suplir, a pesar de sus errores, la equidad, ponderación y humanidad de los jueces que son y seguirán siendo el mejor baluarte para compensar”*.

El daño moral tiene unos elementos que lo configuran y que hacen por ello que su determinación sea de difícil apreciación y por consiguiente de problemática aplicación. Los elementos que lo configuran son los siguientes:

---

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de septiembre de 2009 (recurso 604/2007).

<sup>91</sup> ÁLVAREZ PEDROSA, LM., “Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos” en *Diario la Ley*, núm. 8770, 2016, págs. 1 y ss.

- En primer lugar se trata de un elemento subjetivo. Es decir, se encuentra relacionado con la parte afectiva, interna, la parte del psique del ser humano, el nivel de estos daños varía de una persona a otra.
- No es un daño patrimonial. Es decir, no se trata de un daño que provoque una disminución en el patrimonio del perjudicado. Se trata de un daño que afecta al estado anímico del sujeto en el que, en el momento anterior, dicho estado era diferente al que muestra en el momento posterior a la producción del elemento dañoso.

Debido a las características que lo configuran surgió la problemática en nuestro país sobre si dichos daños podían ser resarcibles o por el contrario, eran daños que el particular debía soportar sin percibir por ello indemnización alguna.

Inicialmente, debido a la dificultad de valoración de dichos daños, la jurisprudencia era reticente para incluirlos en lo que hoy se conoce como la reparación integral del daño<sup>92</sup>. Sin embargo dicha situación se vio totalmente modificada tras la STS de 12 de marzo de 1975<sup>93</sup>. Se trata del conocido caso de los "*novios de Granada*". En la que un interno del Hospital psiquiátrico provincial rompió una de las ventanas y se lanzó al vacío cayendo sobre una pareja de novios, como consecuencia de lo cual falleció el novio. La Sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Granada admitió los daños morales como base de la indemnización que reconocía a los padres y a la novia. El Tribunal Supremo, aunque confirma la indemnización, lo hace "*prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del daño puramente moral*". Se trata pues, del primer hito en nuestra jurisprudencia.

Tras esta modificación del panorama jurisprudencial en nuestro país, el Alto Tribunal ha reconocido que junto al daño material realmente acaecido se sumase el daño moral<sup>94</sup> entendido como indemnización que tiene como finalidad compensar el sufrimiento o dolor derivado de determinados actos tal y como establece la STS de 23

---

<sup>92</sup> Entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de febrero de 1980 (RJ 1980/582), en la que se determina que ante la dificultad de valorar y cuantificar económicamente los daños morales en sentido estricto, además de la inexistencia de normativa expresa, no tenía cabida alguna el reconocimiento de los mismos como conceptos indemnizables.

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de marzo de 1975 (RJ 1975/1798).

<sup>94</sup> O "*Pecunia doloris*".

de octubre de 2003<sup>95</sup>. Ello se debe a que en un ámbito como el de la responsabilidad patrimonial derivada de una asistencia sanitaria en la que, los bienes lesionados son la salud y la integridad física, no solo se reclaman en la práctica los daños físicos ocasionados sino que también, como es lógico, se reclaman los llamados “daños morales” que engloban diversas facetas como pueden ser la conciliación laboral, la conciliación familiar... entre otros. Sobre ello se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, declarando en su Dictamen 166/2005, de 22 de Noviembre:

*“Por lo que a los daños morales se refiere, éstos por su carácter afectivo y de “pretium doloris”, carecen de módulos objetivos, lo que conduce que para su determinación deban tenerse en cuenta otros elementos, como son la actitud que ha tenido la Administración sanitaria ante el paciente y la dinámica de la propia enfermedad”.*

De esta manera en el quantum indemnizatorio se engloban determinados daños denominados “pretium doloris”<sup>96</sup>.

Ahora bien, no es posible reclamar indemnización alguna con base en los daños morales si no se cumplen todos los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de la administración<sup>97</sup>, pues como es lógico, si no se dan dichos presupuestos no habrá responsabilidad alguna y por ende no habrá derecho a indemnización ni por los daños materiales ni por los daños morales.

Una cuestión que puede surgir cuando se habla de daños morales es la siguiente: ¿A quién corresponde la carga de la prueba?

Sobre esta cuestión parece no haber discrepancias al establecer que la misma corresponde al sujeto pasivo que lo reclama y ello con motivo en que es al mismo sujeto al que corresponde probar que se dan los requisitos necesarios de causalidad, daño efectivo... que le sirven de título jurídico para reclamar una indemnización por un padecimiento sufrido con ocasión de un servicio público prestado por la Administración.

---

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 23 de octubre de 2003 (RJ 2003/259).

<sup>96</sup> MAYOR GÓMEZ, R., “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas” en *Revista Gabilex*, núm. 2, 2015, págs. 7-34.

<sup>97</sup> Artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.



¿Qué cuantía debe reclamarse por dicho concepto?

No se trata de una cuestión baladí, como se ha expuesto al inicio de este apartado los daños morales engloban los padecimientos, dolor, que sufre internamente una persona determinada con ocasión de una lesión producida.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en su STS de 16 de enero de 2003<sup>98</sup> al establecer que:

*“el pretium doloris carece de parámetros o módulos objetivos lo que conduce a valorarlo en una cifra que si bien debe ser razonable, siempre tendrá un componente subjetivo”.*

Y que por tanto, siguiendo lo establecido por la STS de 1 de febrero de 2003<sup>99</sup> en cuanto a la fijación de la indemnización:

*“se reserva al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin otra limitación que la razonabilidad en su determinación”.*

En supuestos derivados de responsabilidad patrimonial sanitaria, debe tenerse presente que, tal como se ha expuesto anteriormente, lo establecido por el artículo 141<sup>100</sup> que dictamina que:

*“La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.*

Así, para la cuantificación aproximada de los daños morales como criterio orientativo de aplicación para los Tribunales, deberán tenerse en consideración las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, que anualmente publican una actualización de las cuantías que corresponden por los accidentes que se produzcan en el año de vigor de las mismas.

---

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de enero de 2003 (RJ 2003/1031).

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de febrero de 2003 (RJ 2003/2358).

<sup>100</sup> Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Resulta por ello de justicia lógica que, si este criterio orientativo es aplicado por un tribunal para la fijación de la indemnización derivada de los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de la Administración que deriva en responsabilidad patrimonial, en dicho baremo indemnizatorio por accidentes de tráfico, es lógico que los daños morales estén incluidos teniendo en cuenta la demás normativa aplicable a este tipo de supuesto, ello sí, teniendo siempre presente su componente subjetivo tal y como establece la STS de 2 de octubre de 2012<sup>101</sup>:

*"Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas la sentencia de 6 de julio de 2.010, recurso de casación número 592/2.006 y que expresa que "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo".*

## **VIII. CONCLUSIONES.**

### **1. La Lex Artis y su importancia. La sorprendente ausencia de una definición exacta.**

Respecto a la Lex Artis como concepto puro, no cabe duda alguna que es el eje sobre el que se sustentan los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. Aunque sería de gran ayuda que el Tribunal Supremo ofrezca una definición exacta del concepto. La Lex Artis se configura de esta manera como el título máximo de imputación para el particular.

### **2. Consentimiento informado y su función de garantía.**

Sobre el consentimiento informado, tal es su importancia, que se han asemejado las importantes consecuencias de su incumplimiento como "Lex Artis Ad Hoc".

### **3. El daño desproporcionado como vía de resarcimiento a pesar del cumplimiento de la Lex Artis.**

---

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 3 de octubre de 2012 (Recurso de Casación: 3925/2011).

En referencia a la doctrina del daño desproporcionado cabe concluir que si bien no hay regulación legal expresa, el Tribunal Supremo se ha encargado de ir creando jurisprudencialmente una vía para que el particular pueda reclamar aquellos daños que resulten desproporcionados, siempre en relación con la intervención que se practicó. Se constituye así una posible vía de resarcimiento a pesar del total cumplimiento por parte de los facultativos de la Lex Artis.

#### **4. Las consecuencias del retraso o error en el diagnóstico de una enfermedad.**

En referencia a la pérdida de oportunidad cabe concluir que se trata de un supuesto de aplicación tediosa y no muy frecuente por parte de los tribunales. Ya que la misma tiene su fundamento en probabilidades que si bien, en determinados supuestos, pueden resultar muy difíciles de calcular o incluso pretenden convertir a la administración en aseguradora universal para todo tipo de supuestos. Es por ello que, se aplica únicamente como consecuencia de un diagnóstico erróneo o tardío.

#### **5. La compensación económica por el daño causado. Imposibilidad de compensar determinados daños.**

La reparación económica del daño a la víctima es algo que a día de hoy, no tiene una solución unánime, máxime si nos referimos a los daños morales. Todo ello tiene su fundamento en los bienes que entran en juego en la esfera de la asistencia sanitaria puesto que, como ha sido mi intención exponer en este trabajo ¿Cuánto vale un ser humano?, ¿Cuánto vale su dolor? Es una pregunta sin respuesta que, únicamente cuenta con “parches” que ayudan a mitigarlo.

### **IX. BIBLIOGRAFÍA.**

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO- DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, MJ., *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, 2009.
- AHUMADA RAMOS, FJ., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y*

*nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, 2000.

- ÁLVAREZ PEDROSA, LM., “Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos” en *Diario de la Ley*, núm. 8770, 2016, págs. 1 y ss.
- ANDREÚ TENA, E., “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva” en *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 04, 2013, págs. 163-167.
- ASENSÍ PALLARÉS, E., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 8, 2013, págs. 240-258.
- BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad Civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Editorial Reus, 2009.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio” en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, núm 2, 2008, págs. 1-20.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2015.
- GALLARDO CASTILLO, MJ., “De nuevo sobre el concepto de lex artis: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual” en *Revista Diario de la Ley*, núm. 18, 2009.
- GALLARDO CASTILLO, MJ., *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria*, Bosch, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 2015.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *Estudios y comentarios legislativos. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, Aranzadi, 2012.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

- GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios*, Lex Nova, 2006.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova , 2013.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *Consentimiento e información, Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, 2013.
- HURTADO MARTINEZ, JA., “El consentimiento informado en el orden administrativo actual”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* Núm. 3, 2015, pág 1-4.
- LÓPEZ CANDELA, JE., “El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 15, mayo 2008, pág 91-107.
- MAYOR GÓMEZ, R., “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas” en *Revista Gabilex*, núm. 2, 2015, págs. 7-34.
- MEDINA ALCOZ, L., “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, págs. 153-182.
- MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria” en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, págs. 629-652.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*. Marcial Pons, 2003.
- SANCHÉZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*. Technos, 2005.

## **X. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6/12/1912.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12/03/1975, RJ 1975/1798.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5/02/1980, RJ 1980/582.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 03/11/1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14/06/1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15/02/1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 22/03/1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28/01/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 06/10/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28/10/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 06/02/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20/10/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19/05/2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 22/12/2001, rec: 8406/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16/01/2003, RJ 2003/1031.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1/02/2003, RJ 2003/2358.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23/10/2003, RJ 2003/259.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29/10/2003, JUR 2003\265285.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30/03/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 07/06/2004, rec: 2450/2000.
- Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 166/2005, de 22/11/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28/03/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20/06/2006, JUR 2006/5152.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30/06/2006, rec: 217/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21/11/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11/01/2007, Recurso 1565/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 12/06/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27/06/2007, rec. de casación 3768/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23/10/2007, rec: 6676/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10/04/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10/06/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 09/06/2009, rec: 1822/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18/09/2009, rec: 604/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23/09/2009, rec: 89/2008.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24/11/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18/12/2009, JUR 2010/2913.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25/03/2010.
- Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26/03/2010, RJ 2010/175220.
- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 05/05/2010, rec: 2091/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 04/06/2010, rec: 3038/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30/06/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 02/11/2011, rec: 3833/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 07/11/2011, rec: 1468/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 03/01/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 03/01/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26/03/2012, rec: 3531/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24/04/2012, rec. de casación: 354/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 05/06/2012, rec. de casación: 2241/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24/07/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12/09/2012, JUR 2001, 291151.



- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17/09/2012, rec. de casación 6693/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19/09/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 3/10/2012, rec. de casación 3925/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 09/10/2012, rec: 5450/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13/11/2012, rec: 5283/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20/11/2012, rec: 5637/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 03/12/2012, rec: 2829/2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 04/12/2012, rec: 60/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 04/12/2012, RJ 2013/1508.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 05/12/2012, rec. de casación 329/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17/12/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18/12/2012.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 26/04/2013, RJCA 2014/109.
- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 06/09/2013, rec: 6878/2010.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 12/03/2014, La ley 49878/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11/04/2014, rec: 2766/2014.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21/05/2014, RJ 2014/216079.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 04/07/2014, JUR 2014/16133.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26/09/2014, rec: 3637/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14/10/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6/04/2015, rec: 1508/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26/05/2015, rec: 2548/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19/05/2016, rec: 2822/2014.